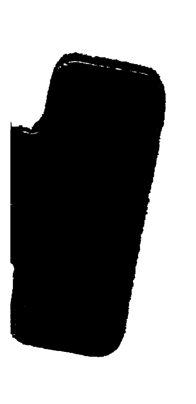


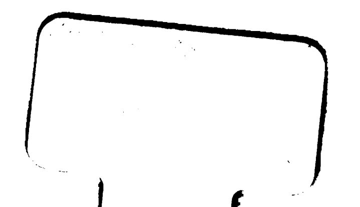
UNGER

ZUR REVISION DES ALLGEMEINEN BURGERLICHEN GESETZBUCHS

1904







ZUR REVISION

DES

ALLGEMEINEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS.

EINE LEGISLATIVPOLITISCHE STUDIE

VON

JOSEPH UNGER.

(SEPARAT-ABDRUCK AUS DER VON HOFRAT PROF. GRÜNHUT HERAUSGEGEBENEN ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVAT- UND ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART. XXXI. BAND.)

WIEN 1904.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

I., ROTENTURMSTRASZE 13.

Fast hundert Jahre sind es, daß das nach mehr als fünfzigjähriger Arbeit zustande gekommene, am 1. Juni 1811 kundgemachte, am 1. Jänner 1812 in Wirksamkeit getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Geltung steht.

In diesem langen Zeitraum hat sich das Gesetzbuch glänzend bewährt. Es ist tief in alle Schichten der Bevölkerung gedrungen. Es hat nicht nur die Geister gewonnen, sondern auch die Herzen erobert. Der Österreicher sieht in dem Gesetzbuch ein Kleinod und blickt mit Stolz darauf, wie der Franzose auf seinen Code civil. Und in der Tat: mit dem Maßstab seiner Zeit gemessen, ist das Gesetzbuch ein Meisterstück zu nennen. Es zeichnet sich vor allem durch große Kürze[1]) und durch eine schlichte, allgemein verständliche, im besten Sinn des Wortes volkstüm-

---

Anm. Einleitung zu einer Abhandlung, zu deren Vollendung mir hoffentlich noch Zeit und Kraft gegönnt sein wird.

[1]) Über das Postulat der Kürze des Gesetzbuchs vgl. Zeiller in seinem noch immer lesenswerten Aufsatz „Über die Eigenschaften eines bürg. Gesetzbuchs“ in den Beitr. I (1810) S. 40 fg. 66 fg. Landsberg spricht in seiner trefflichen Darstellung der österr. Gesetzgebung um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts (Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 1. Halbb. 1898 S. 519 fg.) von der „großartigen Kürze, die namentlich im bürgerlichen Rechte Bewunderung verdient“ und nennt die „inhaltsreiche Kürze den größten Vorzug“ des österr. bürg. Gesetzbuchs. Diese Bewunderung müßte sich steigern, wenn man erwägt, daß gar manche Paragraphe nicht Rechtsregeln, sondern Definitionen, Beschreibungen, Einteilungen, Übersichten enthalten. Aber eben deshalb wird man schließlich doch wohl sagen müssen, daß das Gesetzbuch allzu kurz ausgefallen ist. (Das österr. Gesetzb. enthält 1502, das deutsche 2385 §§, der code civ. 2281 art.)

liche Sprache aus. Auch daß Verweisungen auf andere Gesetzesstellen nur selten und dann in sehr bescheidenem Umfang vorkommen [2]), erleichtert das Verständnis und gereicht dem Gesetzbuch zum Lobe.

Das Gesetzbuch hat aber auch große sachliche Vorzüge. Es geht ein freier frischer Zug durch dasselbe, es weht die Luft der Aufklärung und der Humanität des 18. Jahrhunderts darin. Gar manches, was man jetzt als eine „Errungenschaft" des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs preist und mit Recht als einen bedeutenden Kulturfortschritt rühmt [3]), ist in Österreich durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch längst zum Gemeingut geworden. [4])

---

[2]) Allbekannt und allbeklagt sind die häufigen, übermäßig angehäuften Verweisungen im deutschen B. G. B.: es gibt Paragraphe, in denen auf 15 und mehr Gesetzesstellen verwiesen wird. Vgl. z. B. §§ 651. 1525. 2136. 2192.

[3]) Vgl. die Reden von Planck, Sohm und Schröder im deutschen Reichstag in den Sitzungen v. 3. 4. 5. Febr. 1896; ferner Stammler Die Bedeutung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fortschritt der Kultur (1900) S. 14 fg.

[4]) Allerdings findet sich in dem österr. Gesetzbuch nicht die so vielbesprochene vielgepriesene Vorschrift des deutschen Gesetzbuchs (§§ 157. 242), daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen und zu erfüllen sind. Wenngleich aber dieser Ausdruck im österr. Gesetzbuch fehlt, die Sache selbst ist unzweifelhaft auch im österr. Recht vorhanden. Vgl. z. B. § 904 a. b. G. B. (der der bona fides entsprechende Auslegungsregeln enthält, vgl. Zeiller Komm. III S. 90); ferner § 1098 (und dazu Zeiller Komm. III S. 410; Unger Handeln auf eigene Gefahr 3. Aufl. S. 17 Anm. 8); § 484 u. a. Auch gibt es zahlreiche Entscheidungen österr. Gerichte, wonach auf Unpünktlichkeit oder Ungenauigkeit in Erfüllung von Verträgen gesetzte rechtliche Nachteile im Fall einer nur kleinen Verspätung oder nur geringen Ungenauigkeit nicht eintreten. Vgl. ferner Unger Syst. II S. 67. VI § 16 Anm. 17. — Konrad Schneider, der das Verdienst hat, in seiner trefflichen Schrift „Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse" (1902) die Bedeutung dieses oft überschätzten und überspannten, wohl gar als oberstes allmächtiges Prinzip erklärten Grundsatzes auf das richtige Maß zurückgeführt zu haben, zweifelt daran, daß in Österreich in den angeführten Fällen die bona fides berücksichtigt werde. Er meint (S. 56 Anm. 80), daß man vielleicht „im Gebiete des österr. a. b. G. B. vielfach noch der freilich den Ausführungen Steinbachs (Treu und Glauben im Verkehr 1900) spröde sich gegenüberstellenden Lehre Ungers folge". Schneider stempelt auf diese Weise das um mehr als 40 Jahre abliegende Posterius zum Prius um und mutet mir einen Seherblick und einen Einfluß zu, den ich leider nicht besitze. An der von ihm (S. 72. 73) angezogenen Stelle (System II § 125 Anm. 37) bestreite ich nur (wie ja auch Schneider) die allgemeine Zulässigkeit der sog. exceptio

Überblickt man das Gesetzbuch im ganzen und großen, so gewinnt man den Eindruck, als hätten seine Verfasser und insbesondere der in der Kantschen Philosophie geschulte Zeiller[5]) das Bestreben gehabt, für den Mangel politischer Freiheit durch ein großes Maß bürgerlicher Freiheit, durch eine weitgehende Unabhängigkeit und Selbstherrlichkeit der Individuen im privatrechtlichen Leben (Privatautonomie) zu entschädigen.[6])

Zur näheren Charakterisierung des Gesetzbuches mag Einiges hervorgehoben werden.

Die Frauen sind in privatrechtlicher Hinsicht den Männern gleichgestellt.[7]) Die verheiratete Frau genießt in personen- und vermögensrechtlicher Beziehung alle Freiheit und Selbständigkeit, die mit dem Wesen und den Interessen der Ehe

---

doli generalis nach gemeinem und nach österr. Recht: würde § 1336 a. b. G. B. dem Richter nicht das Recht zur Ermäßigung allzu hoher Konventionalstrafen einräumen, so dürfte er es gerade wegen der bona fides (quae exigit, ut quod convenit fiat L. 21 D. loc. 19.2) nicht ausüben. Übrigens findet in neuester Zeit die Zauberformel „Treu und Glauben" auch schon in Entscheidungen österr. Gerichte Eingang: Schlagworte reisen schnell und werben erfolgreich.

[5]) Landsberg (Anm. 1) S. 524 nennt Zeiller „einen Mann, der mit nachdrücklichem Fleiße eine seltene Höhe der Bildung und Klarheit des Denkens verbindet".

[6]) Zeiller (Beitr. I S. 40 fg.) stellt als oberstes Prinzip des bürgerlichen Gesetzbuchs auf, daß es den Einzelnen in seiner Bewegungsfreiheit nicht weiter beschränke, als es zum Nebeneinanderbestehen der Freiheit aller notwendig ist. „Nach dem Zivilgesetze muß jeder zu allem, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, wozu er von anderen gezwungen werden kann, unter gleichen Umständen alle übrigen wechselseitig verbinden können" (S. 41). Vgl. Landsberg S. 525.

[7]) Vgl. Unger Syst. I § 36. Daß Frauen in der Regel (§ 597) zum Testamentszeugnis unfähig sind (§ 591), ist ein (selbst noch im sächs. Gesetzbuch § 2102 beibehaltener) unzeitgemäßer Rest älterer Rechtsanschauungen. Vgl. Unger Syst. VI § 10 Anm. 15 und jetzt auch Stubenrauch Komment. (8. Aufl.) I S. 797 Anm. 3. Schon Pratobevera meinte, daß auch „Weibspersonen Zeugen bei letzten Anordnungen sein könnten, da die ganze Materie von Testamenten sehr nach natürlichen Grundsätzen behandelt werde." Protok. (edit. Ofner) II S. 386. Im deutschen B. G. B. (§ 2237) wurde diese Beschränkung mit Recht fallen gelassen. Vgl. Strohal Das deutsche Erbrecht (3. Aufl.) I S. 95. Endemann Lehrb. III S. 124. Paul Meyer Das deutsche Erbrecht (2. Ausg.) S. 153 Anm. 18. — Ebenso veraltet und ungerechtfertigt ist die prinzipielle Ausschließung der Frauen von der Vormundschaft (§§ 192. 198. 281 a. b. G. B., ebenso schweiz. Entw. Art. 412). Vgl. dagegen § 1786 Z. 1 deutsches B. G. B. und dazu Dernburg Das bürgerliche Recht IV § 111, insb. Anm. 5.

verträglich ist.[8]) Der gesetzliche Güterstand in der Ehe ist die volle Gütertrennung (§ 1237)[9]): die Ehegatten stehen sich vermögensrechtlich unabhängig gegenüber.[10]) Besitzt die Ehefrau außer dem etwa eingebrachten Heiratsgut Vermögen, so steht dem Mann zwar die freie, durch Pflicht zur Rechnungslegung nicht beschränkte Verwaltung desselben zu (§§ 1238. 1239), allein dieselbe ist trotz entgegenstehender Abrede jederzeit widerruflich (§§ 1240. 1241).

Die väterliche Gewalt ist nicht die Herrschergewalt des römischen paterfamilias, sondern eine auf deutschrechtlichen Anschauungen beruhende Schutzgewalt, eine freier gestaltete Vormundschaft. Die Konsequenzen, die sich aus dieser

---

[8]) Vgl. § 6 Einführungsgesetz zum österr. H. G. B.

[9]) Nach dem deutschen B. G. B. (§§ 1363 fg.) ist der ordentliche gesetzliche Güterstand in der Ehe Verwaltung und Nutznießung des Frauenvermögens durch den Ehemann (häufig aber irrig Verwaltungsgemeinschaft oder Güterverbindung genannt). Vgl. darüber Dernburg Das bürgerliche Recht IV S. 118 fg. (der aber S. 169 meint, „daß sich mittelst Ehevertrags [§ 1432] Gütertrennung ohne ehemännliche Verwaltung und Nutznießung [§§ 1426 fg.] vielfach einbürgern wird, da das gesetzliche Güterrecht verwickelt, seine Einzelbestimmungen dem Laien schwer verständlich und auch für dessen Rechtsberater nicht selten dunkel seien, die Systeme der Gütergemeinschaft aber, wie sie das B. G. B. §§ 1437—1557 aufgebaut habe, den modernen Auffassungen wenig sympathisch seien“). Endemann Lehrb. II S. 709 fg. 714 (der gleichfalls S. 716 Anm. 8 meint, daß „die volle Gütertrennung den Hauptanwendungsfall für die Güterverträge bilden wird, weil er den Zielen der modernen Frauenbewegung am besten Rechnung trägt und weil er der einzige ist, der durch wenige Normen klar und allgemein verständlich geordnet ist“). Planck Komment. IV S. 97 fg. Schröder Das eheliche Güterrecht (3. Aufl. 1900). — Zur Rechtfertigung des gesetzlichen Güterstands der sogenannten Verwaltungsgemeinschaft wird öfter angeführt, daß schon das Gesetz selbst Vermögensobjekte der Frau in großer Zahl von derselben ausnehme (sog. Vorbehaltsgut der Frau, §§ 1365 fg.): aber gerade darin liegt m. E. vielmehr ein Beweis gegen die prinzipielle Richtigkeit und Zweckmäßigkeit dieses Gütersystems.

[10]) Schröder S. 8 bemerkt, daß das (in Österreich im wesentlichen geltende) römische Dotalrecht „der Ehefrau gegenüber dem Manne eine größere Selbständigkeit und Sicherung gewährt als die deutschrechtlichen (Güterrechts-) Systeme und darum von den Vertretern der Frauenemanzipation als das Idealrecht gepriesen und gefordert wird.“ — Die gesetzliche Vermutung, daß der Erwerb vom Manne herrühre (a. b. G. B. § 1237 a. E.) — sog. praesumtio Muciana, Arndts § 412 Anm. 2, Unger Syst. II § 130 Anm. 50 — steht mit der heutigen so sehr gesteigerten Erwerbstätigkeit der Frauen in Widerspruch und sollte baldigst beseitigt werden.

Grundauffassung ergeben, sind zur vollsten Geltung gebracht: die väterliche Gewalt [11]) erlischt in der Regel sofort mit Eintritt der Volljährigkeit (§§ 172. 173) [12]); ein Nießbrauch am Vermögen des Kindes ist dem Vater nicht eingeräumt, wohl aber steht ihm die Verwaltung desselben zu (§§ 149. 150). [13])

Auf dem Verkehrsgebiete herrscht volle Vertragsfreiheit sowie Formfreiheit (§ 883). [14]) Doch ist auch in ausgiebiger Weise den Geboten der Moral Rechnung getragen, da über das-

---

[11]) Von einer elterlichen Gewalt läßt sich auch in Österreich insofern reden, als der Mutter eine Mitgewalt zusteht; vgl. §§ 139 fg. und dazu die Überschrift: „Gemeinschaftliche Rechte und Pflichten der Eltern". Daß bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern die Stimme des Vaters den Ausschlag gibt, versteht sich als der Natur des Verhältnisses entsprechend von selbst; das deutsche B. G. B. § 1634 (vgl. § 1654) sagt das ausdrücklich. — Unbefriedigend dagegen ist die Rechtsstellung der Mutter im Fall des Ruhens oder des Erlöschens der väterlichen Gewalt, §§ 176. 177. 196. 198 a. b. G. B.

[12]) Der ungar. Entw. § 2 Abs. 2 bestimmt, daß „das Gericht die Minderjährigkeit (?) im Falle der Unentwickeltheit des Minderjährigen um drei Jahre verlängert": warum stets auf 3 Jahre und warum immer nur auf 3 Jahre? und warum nur aus diesem Grunde? Vgl. dagegen §§ 173. 251 a. b. G. B. Über das Recht des deutschen B. G. B. (§§ 1896 fg.) in dieser Beziehung vgl. Endemann Lehrb. II S. 955: eine Fortsetzung der elterlichen Gewalt ist nicht zugelassen, es muß das volljährige Kind entmündigt und eine Vormundschaft für dasselbe bestellt werden, wozu aber allerdings zunächst der Vater und nach ihm die eheliche Mutter (§ 1899) zu berufen sind.

[13]) Eine elterliche Nutznießung am Vermögen des Kindes, wie sie der Cod. civil Art. 384 sq., das deutsche B. G. B. §§ 1649 fg. und der schweiz. Entw. Art. 320 fg. kennen, läßt sich meines Erachtens nicht rechtfertigen. Diese Nutznießung hat ihre Wurzel und ihren Grund in der Unterhaltspflicht der Eltern (vgl. Dernburg IV S. 264. Endemann II S. 867). Nun ist es gewiß in der Ordnung, daß die Unterhalts- und Erziehungskosten zunächst aus dem Vermögen des Kindes bestritten werden, wie dies denn auch § 150 a. b. G. B. anordnet. Warum sollen aber die Eltern einen vielleicht sehr beträchtlichen Überschuß lukrieren? In der Gewährung eines elterlichen Nießbrauches würde man in Österreich sicherlich eine ungerechtfertigte Bereicherung der Eltern auf Kosten ihrer Kinder erblicken. Auch durch den Schlußsatz des § 150 wird in zweckmäßiger Weise in erster Linie für das Interesse des Kindes gesorgt.

[14]) Daß auch die Verbürgung formfrei ist, läßt sich gewiß nicht billigen. In das deutsche Gesetzbuch (§ 766) ist trotz des fast einstimmigen Verlangens der Kritik (Zusammenstellung II S. 363) das Erfordernis der Schriftlichkeit der Bürgschaft erst in der Reichstagskommission gebracht worden. Vgl. Dernburg Das bürgerliche Recht II S. 345. Planck Komment. II S. 511. Endemann Lehrb. I 8. Aufl. S. 1192. — Oertmann Recht der Schuldverh. S. 493 nennt diese Formvorschrift eine „soziale Schutzvorschrift".

jenige, was „unerlaubt" (contra bonos mores) ist[15]), ein gültiger Vertrag nicht geschlossen werden kann (§ 878). Insbesondere ist ein Vertrag nichtig, in dem für die Unterhandlung eines Ehevertrages ein Mäklerlohn versprochen wird (§ 879 Z. 1).[16]) Auch ist dem Richter die Befugnis eingeräumt, übermäßige Vertragsstrafen auf das rechte Maß herabzusetzen (§ 1336).[17])

Die Freiheit der Bildung von Vereinen mit juristischer Persönlichkeit ist in vollstem Umfang gewährt (§ 26).

Die Testierfreiheit ist begünstigt und gefördert durch die Zulassung mündlicher und schriftlicher Privattestamente (§§ 578 ff., § 585); insbesondere ist das eigenhändige (holographe) Privattestament[18]) an das geringste Maß von Förmlichkeiten gebunden (§ 578).[19])

(Die Gebundenheit gewisser Rechtsgeschäfte an die Notariatsform ist erst durch das Ges. v. 25. Juli 1871 eingeführt worden.)

[15]) Vgl. Unger System I S. 490. II S. 43. Lotmar Der unmoralische Vertrag (1896), insbes. S. 113 Anm. 14. Steinbach Die Moral als Schranke (1898). Schon in seinen Beiträgen S. 45 hatte Zeiller erklärt, daß „der Gesetzgeber unerlaubten, den Sittengesetzen schlechterdings widerstreitenden Handlungen den rechtlichen Beistand versagt".

[16]) Vgl. Kohler Die Ideale im Recht (Separatabdr. aus dem Arch. f. bürg. Recht V) S. 6 fg. 21 fg. und ebenda XII S. 317 fg. Lotmar S. 75. In das deutsche B.G.B. § 656 ist die Unverbindlichkeit des Versprechens eines Ehemaklerlohnes erst durch die Reichstagskommission gebracht worden. Planck Komment. II S. 399. Auch nach österr. Recht wird man annehmen müssen, daß die Rückforderung des gezahlten Ehemaklerlohnes ausgeschlossen ist, aber nicht wie nach § 656 Abs. 1 S. 2 deutsch. B. G. B. wegen des Bestandes einer naturalis obligatio (Dernburg Das bürg. Recht II 2 S. 489 Anm. 15. Endemann Lehrb. I S. 586. Crome Syst. II S. 713. Oertmann Recht der Schuldverh. S. 384. Stammler Das Recht der Schuldverh. S. 29), sondern auf Grund des § 1174.

[17]) Im westgal. Gesetzb. (III § 489) war noch in Übereinstimmung mit der älteren gemeinrechtlichen Doktrin, welche die Verordnung Justinians L. un. C. de sent. 7. 47) hier anwendete, und mit dem A. L. R. I 5 § 301 (Dernburg Das bürg. Recht II 1 S. 227) bestimmt, daß eine höhere Vertragsstrafe auf das erweisliche doppelte Interesse zu ermäßigen sei. Vgl. Protok. (edit. Ofner) II S. 201. 202. 577. In das deutsche B. G. B. (§ 343) ist das richterliche Ermäßigungsrecht erst durch die zweite Kommission infolge der Einwendungen der Kritik (Zusammenstell. II S. 203 fg.) gelangt. Protok. I S. 780 fg. Vgl. Planck Komment. II S. 123. Oertmann S. 86. Endemann I S. 766, 767, Crome Syst. II S. 215.

[18]) Sehr interessant sind die Beratungen der österr. Gesetzgebungskommission über die Zulassung holographer Testamente: dieselbe wurde von allen Votanten

Ungeachtet aller formellen und materiellen Vorzüge ist das bürgerliche Gesetzbuch aus mancherlei Gründen dennoch in hohem Grade reformbedürftig.

---

mit Ausnahme von Zeiller beschlossen. Protok. (edit. Ofner) I S. 345 fg. Vgl. auch Pfaff-Hofmann Komment. II 1 S. 143 fg. Dieser Beschluß läßt sich nur mit Rücksicht auf die „unvordenkliche Gewohnheit" rechtfertigen (vgl. auch Pfaff-Hofmann S. 151): wo das holographe Testament sich einmal eingebürgert hat, läßt es sich nicht wieder abschaffen. In früherer Zeit aber erblickte man hierin „eine bedeutende Erweiterung der bürgerlichen Freiheit von unschätzbarem Werte" (Zachariä Handb. des französ. Rechts, IV, ältere Aufl. § 668 Anm. 1). Mit Recht hat dagegen Zeiller bemerkt, daß in der Formstrenge „nicht eine Einschränkung, sondern eine Schirmung der Freiheit" zu sehen sei: dies erinnert an die glänzende Darstellung von Ihering Geist des röm. Rechts II 2 4. Aufl. § 45, der die Form die Zwillingsschwester der Freiheit nennt (S. 471). Noch bedenklicher freilich als das holographe Testament ist das mündliche Privattestament, wo die Gefahr einer Kollusion der drei oder gar nur zwei Zeugen (§§ 585. 586) eine nicht geringe ist. — In das deutsche B. G. B. (§ 2231 Nr. 2) ist das holographe Testament erst durch die Reichstagskommission mit Rücksicht auf die frühere partikularrechtliche Geltung desselben gelangt (was Sturm in der Jur. L. Z. 1901 S. 89 lebhaft beklagt). Vgl. Strohal Das deutsche Erbr. 3. Aufl. S. 103 fg. Planck Komment. V S. 438 fg. Endemann Lehrb. III S. 117 fg. Paul Meyer Erbr. S. 160 fg.

[19]) Während das westgal. Gesetzb. II § 373 (gleich dem Cod. civ. a. 970 und nunmehr auch dem deutschen B. G. B. § 2231 Z. 2) die Beisetzung des Datums noch als ein wesentliches Erfordernis des eigenhändigen Testaments bezeichnete, erklärt das a. b. G. B. § 578 die Beisetzung des Datums nicht für notwendig, sondern nur für rätlich. Dabei ist es freilich sehr auffallend, daß gerade Zeiller, der sich doch gegen die Zulassung des holographen Testaments erklärt hatte (Anm. 18), jene Änderung des westgal. Gesetzb. beantragte und durchsetzte (Protok. II S. 385; vgl. auch Pfaff-Hofmann S. 144 Anm. 24): immerhin hat er damit m. E. seinen legislatorischen Takt bewiesen. — Die Entscheidung der Frage, ob die Datierung ein wesentliches Erfordernis des eigenhändigen Testaments bilden solle, ist in der Tat sehr schwierig. Einerseits spricht für die Notwendigkeit der Angabe von Zeit und Ort, daß es bei mehreren Testamenten darauf ankommt, welches das spätere sei (§§ 713—715; vgl. auch Pfaff-Hoffmann S. 151). Andrerseits ist zu erwägen, daß der Nachweis der bestrittenen Richtigkeit der Angabe von Zeit und Ort in den seltensten Fällen möglich ist. Es kommt dann alles darauf an, welcher Partei die Beweislast obliegt. Hat der Testamentserbe die bestrittene Richtigkeit zu beweisen (und dies ist doch wohl das Richtige, vgl. auch Strohal S. 113), so wird das eigenhändige Testament in den allermeisten Fällen wirkungslos sein (deficiente probatione deficit jus). Legt man aber dem Intestaterben die Beweislast auf (wie Endemann S. 119. 120 Anm. 19 will), so wird die gesetzliche Vorschrift sich regelmäßig als illusorisch erweisen. Nach Strohals Mitteilung (S. 109 Anm. 24) haben sich über die Auslegung von § 2231. Z. 2

Die Rechtsnormen sind Produkte der geschichtlichen Entwicklung[20]), Erzeugnisse des wirtschaftlichen und geistigen Lebens einer bestimmten Kulturperiode. Wie sehr hat sich nun das ganze Leben während des Bestandes des bürgerlichen Gesetzbuches geändert! Welch ungeheure Veränderungen sind in den ökonomischen Verhältnissen und den geistigen Anschauungen mittlerweile eingetreten! Von einer „sozialen Aufgabe“, wie sie jetzt dem Privatrecht gestellt wird[21]), von der „Sozialisierung des Rechts“, wie sie jetzt gefordert wird[22]), von einem „sozialen Ideal“, wie es jetzt aufgestellt wird[23]), hatte man vormals keine Vorstellung. Daß es Aufgabe der Gesetzgebung sei, den wirtschaftlich Schwächeren gegen den wirtschaftlich Stärkeren zu schützen[24]),

---

in Beziehung auf die Grundfrage, ob von der materiellen Richtigkeit der Angabe von Ort und Zeit die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments abhängt (dafür jetzt auch Dernburg in der D. Jur.-Z. 1904 Nr. 1 S. 4), seither drei Meinungen gebildet: dies dient der besprochenen Vorschrift nicht eben zur Empfehlung.

[20]) Mißbräuchlich nennt Wurzel in seiner scharfsinnigen Studie „Über das juristische Denken“ in Gellers Zentralbl. 1903 XXI S. 753 die Rechtsnormen „Naturgesetze der sozialen Entwicklung“. (Die Schrift von F. Affolter Naturgesetze und Rechtsgesetze 1904 wird kaum zur Klärung der Begriffe beitragen.)

[21]) Gierke Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889). Vgl. ferner Anton Menger Die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft (1895) und etwa noch R. Frank Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht (1891).

[22]) Vgl. Ludwig Stein Die soziale Frage im Lichte der Philosophie 2. Aufl. (1903) S. 457 fg.

[23]) Stammler Wirtschaft und Recht (1896) S. 588 fg. Die Lehre vom richtigen Recht (1902) S. 196 fg. Das Recht der Schuldverhältnisse (1897) S. 36 fg. Vgl. jedoch dagegen (wohl mit Recht) Dernburg Das bürg. Recht II 1 S. 24. Crome Syst. I S. 68 II S. 23 Anm. 9. Endemann Lehrb. I § 106 Anm. 12 und insbes. Schneider (Anm. 4) S. 47 fg., der aus dem berühmten Essay on Man von Alex. Pope eine Stelle (epist. III v. 313 sq.) anführt, die die Synthese von Egoismus (self love) und Altruismus (social love), von Einzelinteresse und Gesamtinteresse in einem prächtigen Gleichnis verkündet.

[24]) Die Beschützung des Schwächeren gegen den Stärkeren ist ein uraltes Postulat der Gesetzgebung. Schon in dem jetzt so vielbesprochenen Gesetzbuch Hammurabis (ca. 2250 v. Chr.) heißt es (edit. Kohler-Peiser 1904) in der Vorrede, das Gesetz werde gegeben, „auf daß der Mächtige den Schwachen nicht drücke“. Allein ursprünglich wurde unter dem Schwächeren der physisch Schwächere, späterhin der Geringere (tenuior) gegenüber dem Mächtigeren (potentior) verstanden (cf. L. 1. 2 C. ne lic. 2. 13). Zeiller Beitr. I S. 44: „Der Fürst soll die Schwächeren vor dem Übermut der Mächtigeren, die Unerfahrenen vor den geheimen Schlingen der Listigen sichern.“

war damals noch nicht zu klarem Bewußtsein gekommen.[25]) Welchen Einfluß die Veränderung der ökonomischen Verhältnisse sowie der geistigen Atmosphäre auf den Rechtskörper übt, hat übrigens das bürgerliche Gesetzbuch bereits zu wiederholten Malen am eigenen Leib erfahren. Als in der Mitte der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts auch auf wirtschaftlichem Gebiete die liberalen Ideen zur Herrschaft gelangten, mußten die der früheren Periode (a. 1751 fg.) angehörigen „zur Ausrottung des Wuchers“ getroffenen Zinsbeschränkungen fallen und wurden die betreffenden Paragraphe des bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 993 fg.) aufgehoben (Gesetz vom 14. Juni 1868).[26]) Um dieselbe Zeit wurde infolge der veränderten Beziehungen von Staat und Religion der Enterbungsgrund des Abfalls vom Christentum (§ 768 Z. 1) aufgehoben (Art. 7 des Gesetzes vom 25. Mai 1868).[26a])

Das Gesetzbuch enthält ferner in großer Menge wirkliche Lücken.[27]) So mangelt es an Bestimmungen überhaupt oder

[25]) Gar manche gesetzliche Bestimmung wurde früher aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit oder aus der schon im röm. Recht (L. 125 D. de R. I. 50. 17. L. 47 D. de O. et A. 44·7) anerkannten und gebotenen Rücksicht auf den Schuldner als die durch eine Obligation „in ihrer natürlichen Freiheit beschränkte Person“ (Savigny Obl. R. I S. 7. 8) gerechtfertigt, während man dieselbe gesetzliche Vorschrift h. z. T. mit der Schutzbedürftigkeit der wirtschaftlich Schwächeren zu rechtfertigen pflegt. So z. B. die Ermächtigung des Richters zur Ermäßigung der Vertragsstrafe (Anm. 17); vgl. einerseits Zeiller Komment. III 2 S. 775, andererseits Planck Komment. II S. 123. Hierher würde wohl auch § 1155 a. b. G. B. zu stellen sein, der aus Billigkeitsgründen gerechfertigt wurde (Protok. II S. 105), während man ihn h. z. T. wohl als ein „soziales Schutzgesetz“ erklären würde.

[26]) Vgl. Schey Die Oblig. Verhältn. Heft 1 (1890) S. 137 fg. Das Ges. v. 24. Mai 1881 betr. Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Kreditgeschäften, wodurch nunmehr wieder der sog. Wucherfreiheit gesteuert werden sollte, läßt das bürgerl. Gesetzb. unmittelbar intakt.

[26a]) Auch die §§ 433—435 sind durch die §§ 26 fg. des Grundbuchgesetzes vom 25. Juli 1871 aufgehoben. Von geringfügiger Bedeutung ist die teilweise Aufhebung von § 879 Z. 3 durch § 16 Advok.-Ordn. v. 6. Juli 1868: es ist dies zugleich ein Beweis dafür, wie wandelbar die Ansichten sind über das, was „erlaubt“ oder „unerlaubt“ ist.

[27]) Nach dem lehrreichen Vorgang von Zitelmann Lücken im Recht (Rektoratsrede 1902) sind scheinbare (unechte) und wirkliche (echte) Lücken zu unterscheiden. Im ersten Fall ist der scheinbar mangelnde Rechtssatz latent schon in einem bestimmten Gesetz enthalten und wird nur mittelst der soge-

doch an ausreichenden Bestimmungen über Reallasten (vergl. § 530), über das so wichtige Nachbarrecht (§ 364), über Auslobungen[28]), Verträge zugunsten Dritter[29]), Schuldanerkenntnis und Schuldübernahme, Inhaberpapiere (§ 1393), allgemeine Gütergemeinschaft inter vivos (§§ 1234—1236) und Errungenschaftsgemeinschaft, und vollends[30]) über das so wichtige und schwierige internationale Privatrecht (§§ 4. 34—37. 300).[31]) Daß das Gesetzbuch über Rechte, welche erst in moderner Zeit nach gesetzlicher Anerkennung und Ausgestaltung ringen, wie das Recht am Namen (Wappen und Siegeln), an Titeln von Büchern und Zeitungen, am eigenen Bilde (?), an Briefen — Rechte, welche man jetzt in der problematischen Verlegenheitskategorie von „Persönlichkeitsrechten" oder „Individualrechten"[31a]) unterzubringen sucht — keine Bestimmungen enthalten kann, versteht sich von selbst. In allen diesen so zahlreichen Fällen ist es die Aufgabe des Richters, der ja den Rechtsfall entscheiden **muß**, das im konkreten Falle anzuwendende Recht an der Hand der Wissenschaft zu finden: der Richter darf zwar nicht **contra**

---

nannten Gesetzesanalogie zutage gefördert. Diese Analogie schafft nur insofern neues Recht, als dasselbe bisher noch nicht erkannt und zu unserem Bewußtsein gebracht war. So nennen wir ja auch Amerika die „neue Welt", obgleich dieser Weltteil ebenso alt ist wie die „alte Welt".

[28]) Wollte man gleich der auch in Österreich viel verbreiteten, theoretisch unrichtigen, praktisch ganz unzulänglichen Ansicht huldigen, daß im Fall der Auslobung ein Vertrag cum incerta persona geschlossen werde, so wäre dagegen zu erwidern, daß das österr. Gesetzbuch eine solche Vertragsschließung nicht kennt (vgl. § 862). Richtig das **deutsche** B. G. B. § 305. §§ 657 fg.

[29]) Wollte man auch in dem rätselhaften § 1019 eine prinzipielle Anerkennung der Verträge zugunsten Dritter erblicken, so mangelte es doch an allen Bestimmungen über die Voraussetzungen und den Zeitpunkt des Erwerbs eines festen Rechts des Dritten und über die Widerruflichkeit des zu seinen Gunsten geleisteten Versprechens Vgl. §§ 328 fg. **deutsches** B. G. B.

[30]) Die inhaltsleere Vorschrift des § 1419 („Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn") erinnert an den bekannten Ausspruch in **Raimunds** Diamant des Geisterkönigs:

„Ich bin dein Vater Zephises
Und habe dir nichts zu sagen als dieses."

[31]) Vgl. **Unger** Syst. I S. 158 fg.

[31a]) Jedes Recht, das einem bestimmten Individuum zusteht, mithin jedes subjektive Recht, ist ein „Individualrecht". Ja man könnte auch die Vermögensrechte „Persönlichkeitsrechte" nennen: sagt doch Hermann zu Dorothea (IX v. 311): „Du bist mein; nun ist das Meine meiner als jemals."

legem urteilen, wohl aber darf und muß er praeter legem das in dem bestimmten Fall anzuwendende Recht schaffen und sprechen.[32]) Man bestreitet dies zwar öfter und meint, der Richter werde dadurch berufswidrig zum Gesetzgeber gemacht, es werde ihm hiermit eine „souveräne" Gewalt eingeräumt. Sollte nun wirklich nur dasjenige Recht sein, was in den 1502 Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches enthalten ist? Sollte wirklich der Grundsatz gelten: quod non est in codice, non est in mundo? Man käme damit in einer großen Anzahl von Fällen dem praktischen Resultat nach zu einer denegatio justitiae.[33]) Zum Glück läßt sich aus dem Gesetzbuch selbst erweisen, daß dem Richter eine rechtsschöpferische quasi-legislatorische Machtvollkommenheit eingeräumt ist. Nach § 7 hat der Richter, wenn die Gesetzesanalogie zur Ergänzung der Gesetzeslücken nicht ausreichende Hilfe gewährt, den Rechtsfall „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden". Mag man nun unter den „natürlichen Rechtsgrundsätzen" was immer verstehen[34]): jedenfalls ist in dieser gesetzlichen Bestimmung

---

[32]) Unger in dieser Zeitschr. XXXI S. 110 fg. Wie ich nachträglich gefunden habe, ist diese Formel auch schon von Kuhlenbeck Von den Pandekten zum B. G. B. I (1898) S. 25. 26 aufgestellt worden.

[33]) Geller im Zentralbl. XXII (1904) S. 6. 7 meint in der Tat, daß der Richter, „wenn er auch mit der Analogie das Auskommen nicht findet, die aus solchen (d. i. vom Gesetz nicht geregelten) Tatbeständen abgeleiteten Klagen und Einreden als rechtlich nicht begründet zu verwerfen hat". Hiernach hätte z. B. derjenige, der einen verlorenen Hund zurückbringt, keinen klagbaren Rechtsanspruch auf den öffentlich versprochenen, den gesetzlichen Finderlohn übersteigenden Preis, insbesondere dann nicht, wenn er etwa erst hinterher erfährt, daß ein höherer Preis ausgesetzt worden war. Und der morose Gläubiger brauchte die Folgen seines Verzugs nicht zu tragen, da § 1419 dieselben nicht angibt.

[34]) Im Sinne der Verfasser des a. b. G. B. ist darunter gewiß das Naturrecht des 18. Jahrhunderts zu verstehen. So spricht Zeiller schon in seinen Beitr. I S. 6 fg. von der „ewigen, alles beherrschenden Vernunft"; „in solchen (vom Gesetzbuch nicht geregelten) Fällen bleibt, da doch jeder Rechtsstreit durch Urteil geendigt werden muß, kein anderer Ausweg übrig als die Entscheidung aus den allgemeinen Rechtsprinzipen, aus dem Natur- oder Vernunftrechte, welches keine in dem Sehkreise der praktischen Vernunft liegende Frage unbeantwortet läßt, herzuholen" (S. 48); „daher wird auch von allen philosophischen und empirischen Rechtsgelehrten die Rechtsphilosophie zwar als die letzte, aber zugleich als die fruchtbarste und unverlöschbare Hilfsquelle ange-

anerkannt, daß der Richter anderswoher als aus dem positiven Gesetz das in concreto anzuwendende Recht zu schöpfen und zu sprechen hat.[35])

Diese große Lückenhaftigkeit des Gesetzbuchs bietet allerdings einen Vorteil. Indem es möglich ist, die Lücken in einer dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart entsprechenden Weise auszufüllen[36]), wird das Recht vor Erstarrung bewahrt, es bleibt in lebendigem Fluß und kann den wechselnden Bedürfnissen des Lebens angepaßt und zeitgemäß fortgebildet werden. Aber dies muß doch eine Grenze haben: est modus in rebus, sunt certi denique fines. Wollte man diesen Gesichtspunkt konsequent durchführen, so käme man am Ende dahin, auf Privatrechtsgesetzbücher überhaupt zu verzichten, deren größten Vorzug man doch gerade darin zu erblicken pflegt, daß dadurch „gewisses Recht" (jus certum) geschaffen wird. Freilich läßt sich diese Rechtssicherheit nur sehr unvollkommen und bestenfalls nur annäherungsweise erreichen[37]): immerhin aber wird dadurch

---

geben." Vgl. Unger System I § 11. Pfaff-Hofmann Komment. I. S. 194 fg. Stubenrauch Komment. (8. Aufl.) I S. 91.

[35]) Diese subsidiäre quasilegislatorische Macht des Richters wurde von den Verfassern des Gesetzbuchs nach lebhaften Erörterungen anerkannt und ihnen wohlbewußt eingeräumt. Vgl. Protok. (edit. Ofner) I S. 22 fg. Es bestand anfangs die Absicht, den Richtern aufzutragen, die praeter legem entschiedenen Rechtsfälle alljährlich der Gesetzgebungskommission vorzulegen und dies im Kundmachungspatent vorzuschreiben (Protok. l. c. Zeiller Beitr. I S. 50): man ließ jedoch später diesen Plan fallen. — Es ist hier nicht der Ort, auf die (in dieser Zeitschr. XXXI S. 112) nur gestreifte Frage näher einzugehen, aus welchen Quellen Wissenschaft und Richter das mangelnde Recht zu schöpfen haben, sowie auf die noch tiefer liegende Grundfrage, woher denn der Gesetzgeber das Recht nimmt, das er in Paragraphenform gießt (und der Schiedsrichter das Recht, das er spricht): vielleicht finde ich noch einmal Gelegenheit, diesen schwierigen Gegenstand eingehend zu behandeln. Daß die sog. Rechtsanalogie, worin ich früher in Übereinstimmung mit vielen älteren und neueren Schriftstellern ein stets Hilfe gewährendes ultimum refugium erblickt habe (Syst. I S. 67 fg.), in vielen Fällen den Dienst versagt, habe ich längst erkannt. Ebenso verhält es sich mit dem sog. „Geist des Gesetzes", den man so gerne anruft, der aber zumeist nur der „Herren eigener Geist" ist.

[36]) Vgl. den trefflichen Aufsatz von Steinbach Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im Jur. Lit. Bl. 1903 Nr. 142.

[37]) Schon die Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung und Auslegung eines und desselben Gesetzes durch verschiedene Richter, ja selbst durch dieselben Richter ist geeignet, das angestrebte Ziel der Rechtssicherheit zu ver-

der relativ beste Rechtszustand erreicht. Die Kunst der Gesetzgebung besteht eben darin, zwischen zu großer Allgemeinheit und allzuweit gehender Detailausführung, zwischen abstrakter Regelung und konkreter Kasuistik die rechte Mitte einzuhalten: es ist dies die jetzt auf allen Gebieten so oft angerufene aristotelische μεσότης, die richtig zu ziehen freilich hier wie sonst nicht immer leicht ist.

Wohl die schwächste Seite unseres Gesetzbuchs ist die technische, die spezifisch juristische.[38]) Daß die Systematik desselben eine verfehlte ist, wird jetzt wohl allgemein zugegeben.[39]) Das Gesetzbuch enthält gar manche Definition [39a]), an der das bekannte Wort von Javolenus (L. 202 D. de R. J. 50. 17): parum est enim, ut non subverti possit, in Erfüllung geht. Unser juristisches Alphabet ist ein anderes geworden: die juristische Sprache, deren sich das Gesetzbuch bedient, ist nicht mehr ganz die unsere. Unsere juristische Begriffswelt hat sich umgebildet: die gesetzliche Auffassung und Behandlung so mancher Rechtsinstitute gilt uns als verfehlt und vergriffen.[40]) So erscheint

---

eiteln. Und vollends dann, wenn das Gesetz auf das billige Ermessen des Richters abstellt (z. B. §§ 315. 343. 655 deutsches B.G.B.) oder ihm die Prüfung der Rechtmäßigkeit (vgl. z. B. § 1160 a. b. G. B.) oder Wichtigkeit eines Grundes (vgl. z. B. § 46 § 1425 a. b. G. B. und zahlreiche Paragraphe des deutschen Gesetzbuchs) anheimgibt, wie sollen da die Parteien im vorhinein wissen, wie sie ihr Benehmen einzurichten haben? Ob sie sich im Recht befinden oder nicht, erfahren sie erst hinterher, wenn es schon zu spät ist: die unterliegende Partei büßt ihren Mangel an Divination durch Verlust des Prozesses und Bezahlung der Prozeßkosten. Es ist dies ein wunder Punkt des Rechtslebens, dem gewöhnlich nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt wird, dem aber freilich schwer abzuhelfen ist. Schon deshalb ist es nicht zu billigen, wenn der Rechtsirrtum in der Regel unentschuldbar sein soll: das a. b. G. B. (§ 1431) hat diesen Fehler vermieden.

[38]) Vgl. die glänzende Darstellung von Ihering Geist des röm. Rechts II 2 §§ 37—41.

[39]) Zeiller war ein Freund von Definitionen: „eine der lebhaftesten Stellen in seiner Polemik richtet sich gegen den Beschluß der französischen Gesetzverfasser, keine Definitionen in das Gesetzbuch aufzunehmen“. Pfaff Rede auf Franz v. Zeiller (26. April 1891) S. 31 Anm. 50.

[39a]) Vgl. Unger System I § 24.

[40]) Es genügt der Hinweis auf das 4. Hauptstück des 3. Teils „von der Verjährung und Ersitzung (Unger Syst. II §. 104), auf die Assignation § 1400 fg. (vgl. Unger Schuldübernahme 1889 S. 15 fg. Anm. 5 fg.), auf die Schenkung auf den Todesfall (§ 956 vgl. Unger System VI § 77), auf die Gastaufnahme

denn das Gesetzbuch in vielen Beziehungen als veraltet: es ist, als sollten Heineccius' Elementa oder Höpfners Kommentar auch jetzt noch unser Lehrbuch des römischen Rechts sein oder als müßte man heute aus einem alten vergilbten Rezeptierbuch ordinieren.

So scheint denn das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch einer durchgreifenden Reform dringend bedürftig zu sein.

Die in der Schule des gemeinen Rechts gebildeten, an Weisheit und Erfahrung reichen Verfasser des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, die über den Wert und die Behandlungsweise des Gesetzbuchs anders dachten als ihre exegetischen scholastischen Epigonen[41]), haben es denn auch eingesehen, daß das Gesetzbuch mit der Zeit werde einer durchgreifenden Revision unterzogen werden müssen. So sagt Zeiller (Beiträge I S. 95), daß „nach Ablauf mehrerer Jahre die Gesetze einer neuen Kritik unterzogen werden müssen, um sie nach den Fortschritten des Zeitalters, dem Grade der Kultur, nach den neueren Anstalten in verwandten Zweigen der Regierungsgeschäfte und

---

(§ 970), auf die Teilpacht (vgl. Unger Handeln auf eigene Gefahr 3. Aufl. S. 19 Anm. 12) u. ä. m.

[41]) In dieser geistlosen Periode der Stagnation, in der das Studium des römischen Rechts trotz der Bemerkung Zeillers (Beitr. I S. 39), daß „das römische Recht als die Basis unseres vaterländischen, folglich eine systematische, zweckmäßige Lehre des ersteren als die gründlichste Vorbereitung zum Studium des letzteren zu betrachten sei", der Vernachlässigung anheimfiel, wurde es als die Aufgabe der Jurisprudenz angesehen, das Gesetzbuch „aus sich heraus zu erklären". In dieser Zeit sprach Nippel aus, daß man nicht vermeinen solle, den Sinn des Gesetzes besser wiedergeben zu können, als es der Gesetzgeber mit seinen eigenen Worten getan habe, und glaubte ein Professor der Rechte in Wien mich einer Majestätsbeleidigung zeihen zu können, da ich es durch die Kritik des Gesetzbuchs gewagt hätte, den a. h. Gesetzgeber Kaiser Franz anzugreifen. Die Gelehrten, welche gegenwärtig in kurzer Zeit mit staunenswerter Arbeitskraft Systeme, Kommentare und Einzeldarstellungen des deutschen bürgerlichen Rechts fast schon im Übermaß liefern, sind in der Schule des gemeinen Rechts aufgewachsen. Wie werden sich aber die Dinge gestalten, wenn das Studium des römischen Rechts und insbesondere der Pandekten, dieser unvergleichlichen und unersetzlichen Schule der juristischen Bildung, auf die Dauer ungebührlich hintangesetzt werden sollte? Möchte man sich doch in Deutschland unsere Erfahrungen zunutze machen! Auf „die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft" hat Zitelmann (1896) in beredter und eindringlicher Weise hingewiesen. Das bittere Vorwort zu Schloßmanns „Altrömisches Schuldrecht" (1904) scheint leider nicht ungerechtfertigt zu sein.

den übrigen veränderten Umständen zu verbessern". Diese Ansicht hat auch Pratobevera[42]) (Materialien V S. 338 fg.), wenngleich in zurückhaltender Weise, ausgesprochen. In Anknüpfung an diese Äußerungen habe ich vorlängst (1855)[43]) die Revision als „das letzte praktische Ziel der neuen Richtung" der österreichischen Zivilistik bezeichnet.[44]) In neuerer Zeit wurde der Ruf nach Revision von Anton Menger[45]) und insbesondere von Ludwig Mitteis in einem trefflichen Artikel erhoben und begründet.[46])

Allein so sehr auch eine vollständige Revision des Gesetzbuchs zu wünschen ist, so ist dieselbe dennoch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Der Ruf nach Revision des bürgerlichen Gesetzbuches fände sicherlich nicht so allgemeinen Widerhall wie der Ruf nach Reform des Strafgesetzbuchs. Abgesehen von der „süßen Gewohnheit" der liebgewonnenen Beschäftigung mit dem von unseren Vätern überkommenen, uns anheimelnden Gesetz-

---

[42]) Ihn hebt auch Landsberg in dem Anm. 1 angef. Werk S. 527 besonders hervor.

[43]) System I Anhang zu den späteren Auflagen S. 648 fg.

[44]) In der Rede, welche ich am 1. Juni 1891 im Herrenhause gehalten habe, habe ich mich gegen das (wenn ich nicht irre, von dem Abg. Max Menger in einer Ausschußsitzung des Abgeordnetenhauses gestellte) Verlangen nach einer Revision des allg. bürg. Gesetzbuchs ablehnend verhalten. Es geschah dies unter dem tief deprimierenden Eindruck des nicht lange vorher (1888) erschienenen ersten deutschen Entwurfs, auf den man die größten Erwartungen, die stolzesten Hoffnungen gesetzt hatte: ich besorgte eine reformatio in pejus unseres Gesetzbuchs. Daß der zweite Entwurf wesentliche Verbesserungen erfuhr, ist allgemein bekannt. Aber auch in der Gestalt, die das deutsche Gesetzbuch schließlich erhielt, vermag ich demselben nicht rückhaltslose Anerkennung zu zollen: es geht kein freier schöpferischer Zug durch dieses Gesetzbuch. Vgl. auch Mitteis in dem Anm. 46 angef. Artikel. Daß dem schweiz. Zivilgesetzentwurf insbesondere in Ansehung der Sprache der Vorzug gebühre, habe ich in Übereinstimmung mit reichsdeutschen, gewiß unbefangenen Beurteilern bereits in dieser Zeitschr. XXXI S. 109 Anm. 8 als meine Überzeugung ausgesprochen. Vgl. jetzt auch Wendt, Über die Sprache der Gesetze (Rektoratsrede vom 25. Februar 1904) S. 30 fg.

[45]) In der Anm. 21 angef. Rektoratsrede S. 28 fg.

[46]) „Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich" im Morgenblatt der „N. Fr. Presse" v. 8. Dez. 1896 (Nr. 11600). Nicht allem aber, was Mitteis an unserem Gesetzbuch rügt, vermag ich beizustimmen, so z. B. in betreff des Erwerbs der Erbschaft durch Erbserklärung; vgl. auch Schey Über den redlichen und unredlichen Besitzer (1898) S. 6 Anm. 3. Strohal Deutsch. Erbr. (1. Aufl.) S. 116. Bähr Gegenentw. S. 390.

buch, stehen einer gänzlichen Umarbeitung desselben mannigfache Hindernisse entgegen. Vor allem ist es das Eherecht, um das alsbald der alte Kampf zwischen Staat und Kirche in heftiger Weise entbrennen würde[47]): selbst zu dem Ausweg, das betreffende Hauptstück unverändert in das neue Gesetzbuch hinüberzunehmen, wird man sich kaum allseits bereit finden lassen. Hierzu kommt der unselige politische und nationale Hader, welcher einer ruhigen legislatorischen Tätigkeit keinen Raum läßt. Und wollte man selbst eine Kommission zur Umarbeitung des Gesetzbuchs sofort einsetzen[48]), so würden doch Jahrzehnte vergehen, bevor das schwierige Werk zustande käme.

Muß man nun auch auf eine gänzliche Umarbeitung unseres Gesetzbuchs zur Zeit verzichten, so könnte und sollte man doch den Weg einer Reform im einzelnen betreten. Ich meine damit nicht die Umarbeitung ganzer Hauptstücke[49]), wie etwa der so reformbedürftigen Hauptstücke vom Besitz, vom Schadenersatz oder von der Verjährung, sondern die Umänderung einzelner gesetzlicher Vorschriften, welche mit den heutigen Lebensbedürfnissen und Rechtsanschauungen nicht mehr im Einklang stehen. Es handelt sich somit um mosaikartige Einzelkorrekturen, um Änderungen gesetzlicher Bestimmungen rein positiver Natur, die durch Rechtswissenschaft und Rechtsfindung, mag man ihre Freiheit noch so weit spannen, nicht herbeigeführt werden können, wie das Alter der Volljährigkeit und der Ehemündigkeit, die Zahl der erbberechtigten Parentelen, das Ausmaß der Erbportion der Ehegatten, die Länge der Verjährungsfristen u. dgl. m.[50]) Es würden somit durch eine solche

---

[47]) Ähnliches geschah in Deutschland; vgl. die Rede des Abg. Rintelen in der Sitzung des deutschen Reichstags v. 3. Febr. 1896.

[48]) Einen Antrag in dieser Richtung hat der Abg. Ofner am 18. Okt. 1901 gestellt (Beil. zu den stenogr. Protok. des Abg.hauses XVII. Session Nr. 997).

[49]) Diesen Modus scheint Mitteis zu empfehlen.

[50]) Auf die Reformbedürftigkeit dieser und anderer später zu erörternder Bestimmungen habe ich bereits in meinem System des österr. Privatrechts in Kürze hingewiesen. Mich trifft und drückt der Vorwurf, daß ich, abgelenkt durch Teilnahme am öffentlichen Leben und durch Beschäftigung mit andern Studien; die Hauptaufgabe meines Lebens nicht vollständig gelöst und mein System des österr. Privatrechts nicht zu Ende geführt habe. Einigen Trost gewährt mir der von Stammler angeführte Ausspruch Luthers, daß ein Jurist, der nicht mehr ist denn ein Jurist, ein arm Ding ist.

novellarische Gesetzgebung nur einzelne Bausteine aus dem altehrwürdigen Rechtsgebäude herausgenommen und durch andere ersetzt und dieses selbst dadurch widerstandsfähiger und wohnlicher gemacht werden.[51])

In der folgenden Abhandlung mache ich den Versuch, einige solcher Einzelreformen vorzuschlagen.[52]) Ich unternehme es nicht, diese Vorschläge in Gesetzesform zu kleiden, sondern gebe nur die Richtung an, in der sich die Änderungen m. E. zu bewegen hätten.[53]) Ich werde einerseits nicht alle Punkte angeben, die ich für reformbedürftig halte, und andererseits manche Punkte besprechen, in Ansehung deren es zweifelhaft bleibt, ob eine Änderung geboten oder wünschenswert ist.

Den Antrieb zu dieser Arbeit gibt mir der Gedanke, daß es vielleicht nicht ohne Interesse und nicht ganz ohne Wert ist, die Ansichten kennen zu lernen, die sich jemand, der den größten Teil seines Lebens dem Studium des Privatrechts gewidmet hat, über einige wichtige Fragen der Gesetzgebung gebildet hat. So möchte ich denn meine Arbeitskraft, solange und soweit sie noch reicht, in den Dienst der Revision des Gesetzbuches stellen und gewissermaßen ein juristisches Vermächtnis errichten.

Es ist aber nicht bloß die Aufgabe der Gesetzgebung, sondern nicht minder auch die Aufgabe der Rechtswissenschaft, einer künftigen vollständigen Revision des bürgerlichen Gesetzbuches vorzuarbeiten.[54]) Sie hat nicht bloß das geltende Recht

---

[51]) Solche Einzelremeduren sind ja schon, wie früher bemerkt wurde, am Gesetzbuch vorgenommen worden. Den Weg der Novellen empfiehlt in erster Linie auch Pratobevera Mater. V S. 34 fg. Ihn hat jetzt auch Ofner betreten mit seinem am 27. Nov. 1902 gestellten Antrag auf Erlassung eines (16 §§ enthaltenden) Gesetzes „betreffend die Erreichung der Volljährigkeit und einige Rechtsverhältnisse der Minderjährigen" (Beil. zu den stenogr. Protokollen des Abg.hauses XVII Session Nr. 1543). Vgl. jedoch die Bedenken von Schey (Anm. 46) S. 7 fg.

[52]) Ich werde hierbei der Legalordnung folgen, ohne mich jedoch streng an dieselbe zu binden.

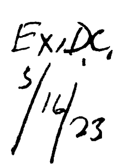
[53]) Ich folge hierin dem Vorgang von Cicero (de leg. II c. 7 § 18): leges autem a me non edentur perfectae .... sed ipsae summae rerum atque sententiae.

[54]) Diese Anforderung stellt jetzt schon Zitelmann (Anm. 41) S. 26 fg. an die deutsche Rechtswissenschaft. Vgl. neuestens auch Koban Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers (1904) Vorwort S. VI.

in seine historischen Wurzeln zu verfolgen und es systematisch und dogmatisch darzustellen, sondern auch an den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, sie anzweifelnd (de omnibus dubitandum), Kritik zu üben und legislativpolitische Erörterungen und Vorschläge daran zu knüpfen.

In einer Zeit, in der um uns herum neue Gesetzbücher entstanden sind oder in Entstehung begriffen sind, ist es eine Ehrensache für uns, nicht zurückzubleiben und in dem Wettstreit der Geister nach Kräften um die Palme zu ringen.

Möge das Gesetzbuch, wenn es dereinst als Phönix aus seiner Asche emporsteigt, ein magnum opus, ein aureus codex sein und die Kraft besitzen, Jahrzehente hindurch eine Leuchte der Gerechtigkeit und der Billigkeit zu sein!



Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.



